Die Abtretungsanzeige bei Forderung und Hypothek, mit anhangsweiser Berücksichtigung des § 1160 B.G.B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Willy Leske,
Gerichtsassessor.

Breslau 1910.
Druck der Breslauer Genossenschafts-Buchdruckerei, E. G. m. b. H.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. F. Meyer.

Meinem lieben Onkel

Herrn Kreisarzt Dr. Leske

in dankbarer Verehrung

zugeeignet.

Literaturverzeichnis.

1. Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler, Ring und Oertmann.
2. Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 2. Aufl. 1903.
3. Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I, 5. Aufl. 1909; Bd. II, 4. Aufl. 1904.
4. Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Bd. I 1900, Bd. II 1902, Bd. III 1905.
5. Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens. Bd. II, 4. Aufl. Bearbeitet von Engelmann, 1909, Bd. III, 4. Aufl. 1908.
6. Endemann, Lehrbuch des bürgerl. Rechts. Bd. I, 9. Aufl. 1903; Bd. II, 8./9. Aufl. 1905.
7. Enneccerus-Lehmann, Das bürgerliche Recht. 2. Aufl. 1905.
8. Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Zit. Rg.
9. Fischer-Henle, Handausgabe des B.G.B. 8. Aufl. 1909.
10. Fuchs, Grundbuchrecht. Kommentar zu den grundbuchrechtlichen Normen der B.G.B. und zur G.B.O. Bd. I 1902.
11. Gaupp-Stein, Die Z.P.O. für das Deutsche Reich. 8./9. Aufl. 1906.
12. Goldman-Lilienthal, Das B.G.B. Bd. I, 2. Aufl. 1902.
13. Goldmann, Der Anspruch auf Grundbuchberichtigung nach § 894 B.G.B. 1904.
14. Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
15. Haackert, Die Abtretung der Hypotheken und Grundschulden nach dem B.G.B. Diss. Rostock 1903.
16. Hachenberg, Das B.G.B. für das Deutsche Reich. Vorträge. 2. Aufl. 1900.
17. Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. 1. Aufl.
18. Holste, Die Benachrichtigung des Schuldners von der Forderungsübertragung. Diss. Altona 1900.
19. Jahrbuch des deutschen Rechts von Neumann.
20. Klamroth, Die Bedeutung der Kenntnis und Benachrichtigung des Schuldners für die Verfügungen über Förderungsrechte nach dem B.G.B. Diss. Leipzig 1907.
21. Kretzschmar, Das Sachenrecht des B.G.B. 1. Aufl. 1906.

22. Leske, Vergleichende Darstellung des B.G.B. für das Deutsche Reich und des Preuß. A.L.R. Bd. I u. II, 1. Aufl. 1900, 1903.
23. Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I u. II, 3. Aufl. 1900.
24. Müller und Meikel, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches. 1. Bd., 2. Aufl. 1904.
25. Neubeck, Die Anzeige des Gläubigers an den Schuldner von der Abtretung der Forderung. Diss. Schwerin 1904.
26. Neumann, Handausgabe des B.G.B. I.—III. Bd., 2. Aufl. 1900.
27. Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. II, 4. Aufl. 1909.
28. Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1906.
29. Planck, B.G.B. nebst Einführungsgesetz. Bd. I, 3. Aufl.; Bd. II, 3. Aufl. 1907; Bd. III, 3. Aufl. 1906.
30. Rehbein, Das B.G.B. mit Erläuterungen. Bd. II 1903.
31. Rümann, Die Anzeige des Gläubigers von der Zession. Diss. Göttingen 1908.
32. Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
33. Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs nach neuem deutschen Reichsrecht. 1899.
34. Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. Herausgegeben von Kober und Engelmann.
35. Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse. Allgemeine Lehren 1897.
36. Staudinger, Kommentar zum B.G.B. 3./4. Aufl., Bd. II, Teil 1 u. 2 1908; Bd. III 1907.
37. Turnau und Förster, Das Liegenschaftsrecht nach den deutschen Reichsgesetzen und den preußischen Ausführungsbestimmungen. Bd. I 1900,

Inhaltsverzeichnis.

Begriff und Rechtsnatur der Abtretungsanzeige.

Den Begriff der Abtretungsanzeige entwickelt das Gesetz bei der Forderung. Wenn der Begriff auf dingliche Rechte verwendet wird, als deren Hauptfall wir später die Hypothek behandeln wollen, so geschieht das in Übertragung der für das Recht der Schuldverhältnisse gegebenen Vorschriften, die die grundlegenden allgemeinen Bestimmungen enthalten.

Unter „Abtretungsanzeige" bei der Forderung versteht das B.G.B. im eigentlichen und engsten Sinne die von dem Gläubiger an den Schuldner formlos, also schriftlich oder mündlich, erfolgende Mitteilung, daß die Forderung an einen Dritten abgetreten sei (§ 409 B.G.B. Abs. 1 S. 1). Weder die Ankündigung des Gläubigers, er werde die Forderung abtreten, noch eine Mitteilung von seiten des Erwerbers der Forderung ist also eine Abtretungsanzeige im Sinne des Gesetzes.

Nur in einem Falle genügt scheinbar die Mitteilung von seiten des Zessionars.

Wenn nämlich der Zessionar dem Schuldner eine über die Abtretung von dem bisherigen Gläubiger ausgestellte Urkunde vorlegt, so hat das nach § 409 Abs. 1 S. 2 die gleiche Wirkung, wie die direkte Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner.

Nur scheinbar liegt jedoch in diesem Falle eine Mitteilung von seiten des Zessionars vor. Die Anzeige geht tatsächlich auch hier von dem alten Gläubiger aus, da dieser die Urkunde ausgestellt und dem Zessionar zur beliebigen Benutzung ausgehändigt hat; nur erfolgt die Mitteilung gewissermaßen „indirekt", auf dem Umwege über den Zessionar und ist daher naturgemäß an die Schriftform gebunden.

Im weiteren Sinne fällt daher auch diese indirekte Mitteilung nach § 409 Abs. 1 S. 2, die nach Wirkung und Inhalt der

direkten gleichsteht, unter den Begriff der Abtretungsanzeige, unter dem sie im Folgenden inbegriffen ist.

Ihrer rechtlichen Natur nach ist die Abtretungsanzeige ein einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft; denn sie enthält die Erklärung eines vom Gesetz anerkannten, auf einen bestimmten rechtlichen Erfolg gerichteten Willens.[1]) Ihre Wirksamkeit unterliegt daher den allgemeinen Vorschriften über Rechtsgeschäfte.[2])

I. Die Abtretungsanzeige bei der Forderung.

1. Wirkung der Anzeige im Allgemeinen.

Die Abtretungsanzeige ist von der Abtretung selbst scharf zu scheiden. Beide Rechtsgeschäfte gehen selbständig nebeneinander her und sind in Natur und Wirkungen wesentlich verschieden.

Die Abtretung ist im Gegensatz zu der einseitig empfangsbedürftigen Anzeige der abstrakte dingliche Vertrag zwischen altem und neuem Gläubiger, durch den die Forderung unmittelbar auf den neuen Gläubiger übertragen wird.

Da nach B.G.B. (§ 398) dieser formlose Vertrag zwischen altem und neuem Gläubiger die einzige Voraussetzung des Forderungsübergangs ist, kann die früher bedeutsame Abtretungsanzeige mit der Übertragung des Forderungsrechts selbst nichts zu tun haben und bleibt für die Frage, wer materiell Gläubiger ist, unbeachtlich.

Zeigt also z. B. der Gläubiger G einer Darlehnsforderung seinem Schuldner S an, er habe die Forderung an einen Dritten

---

[1]) So herrschende Meinung: Mot. II, 135; Dernburg, II, 395; Planck und Staudinger § 409 [1]; Oertmann, § 409, 1 a; Endemann, S. 880 Anm. 32; Rümann, S. 14; Neubeck, S. 19; Leske, S. 171; Schollmeyer, § 409 [2]; a. M. Enneccerus-L., I, S. 449 II a; Fischer-Henle, § 409 [3]; Cosack, I, 46 V 1; Crome, I 319, II 332, die bloße Rechtshandlung, insbesondere geschäftsähnliche Mitteilung annehmen. Der Unterschied dürfte praktisch kaum wesentlich sein, da auch die Gegner die Rechtssätze über Rechtsgeschäfte gelten lassen wollen.

[2]) Sie ist also nichtig, z. B. auch, wenn der Gläubiger im Zustande vorübergehender Geistesstörung die Anzeige machte. Staudinger § 409 [5], Rümann, S. 17.

X abgetreten, so kann materiell trotzdem G noch Gläubiger sein, je nachdem, ob zwischen G und X eine gültige Abtretung stattgefunden hat oder nicht.

Da der Schuldner von seinem Standpunkt aber aus nur selten beurteilen kann, ob zwischen dem alten und angeblich neuen Gläubiger ein gültiger Abtretungsvertrag geschlossen worden ist, so wäre er somit der Gefahr der nicht befreienden Zahlung an den Nichtgläubiger ausgesetzt, wenn nicht das Gesetz, in dem Bestreben, der Rechtsungewißheit vorzubeugen[1]) und insbesondere den gutgläubigen Schulder auch bei Zahlung an den Nichtberechtigten zu befreien,[2]) unabhängig von der materiellen Abtretung ein formelles Schutzinstitut für den Schuldner geschaffen hätte.[3])

Dieses formelle Schutzinstitut ist die Abtretungsanzeige.

Ist nämlich eine Abtretungsanzeige ergangen, so ist der Schuldner der Prüfung des für ihn nicht durchsichtigen materiellen Vorgangs der Abtretung überhoben und der in der Anzeige Benannte gemäß § 409 zugunsten des Schuldners als Gläubiger formell legitimiert,[4]) d. h. der Schuldner ist ohne Rücksicht auf das materielle Rechtsverhältnis und die Wirksamkeit der Abtretung zunächst befugt, an den Benannten mit befreiender Wirkung zu zahlen und mit ihm wirksame Rechtsgeschäfte in Ansehung der Forderung vorzunehmen, z. B. die Schuld anzuerkennen oder zu kündigen. Ein Rechtsstreit zwischen Schuldner und Benanntem wirkt mit der Rechtskraft des Urteils auf die Forderung. Umgekehrt kann der Benannte auch seinerseits durch Rechtsgeschäft, z. B. Stundung, Kündigung und Erlaß rechtsgültig auf die Forderung einwirken.

---

[1]) Vgl. z. B. auch die häufig gegebene Befugnis für Fristsetzung (§§ 326, 466, 415 ff., 643 . .) und zur Zurückweisung einer einseitigen Erklärung der Gegenpartei mangels Nachweises der Berechtigung (§ 111, 174 u. A.)

[2]) Siehe jedoch unten S. 15 ff.

[3]) Wie beim Mangel der Anzeige seine Unkenntnis.

[4]) Vgl. Rg. 53, 420; Staudinger, § 409 [1]; Oertmann, § 409 [4]; Schollmeyer, § 409; Planck, § 409 [2]; Crome, Bd. II, § 142, II, 4 und die dort zit. Entsch.; Goldmann-L., S. 446; Neubeck, S. 36; Rümann, S. 23 ff.; „Recht" 6, 65.

Das gilt aber rein formell, ohne Rücksicht auf die materielle Abtretung, d. h. der Benannte hat nur die Rolle eines Gläubigers und er hat sie nur im Verhältnis zum Schuldner, ganz gleichgültig, wer tatsächlich und Dritten gegenüber der Gläubiger ist.

Er gilt ferner nur zugunsten des Schuldners.

Der Schuldner kann mithin zwar von dem materiellen Recht absehen und sich auf die formelle Gläubigernovelle des Benannten berufen,[1] er kann aber auch auf das materielle Rechtsverhältnis zurückgreifen, also den Anzeigenden noch als Gläubiger behandeln, unter dem Nachweis, daß die Abtretung nicht wirksam gewesen sei[2] oder auch von dem Benannten den Nachweis seines Gläubigerrechts verlangen.[3]

Umgekehrt kann der Benannte auf die Wirkung der Anzeige und seine formelle Gläubigerrolle sich nie berufen. Er muß auf das materielle Recht zurückgreifen, also bei Geltendmachung der Forderung behaupten und erforderlichenfalls beweisen, daß eine gültige Abtretung stattgefunden hat.

Fordert schließlich der bisherige Gläubiger trotz der Abtretungsanzeige Zahlung an sich selbst, so ist der Schuldner berechtigt, ihm die Leistung zu verweigern.

Das ergibt die Fassung des § 409 und der Zusammenhang der dem Schutze der Schuldners dienenden Vorschriften.

Nach § 409 Abs. 1 ist der Schuldner befugt, nach der Anzeige den Benannten als Gläubiger zu behandeln.

Aus dem Wortlaut der Bestimmung, insbesondere im Vergleich mit den vorhergehenden Paragraphen, ergibt sich aber, daß die Befugnis des Schuldners noch weiter gehen muß. Denn während die §§ 407, 408 für den Fall der Unkenntnis des

[1]) Der Benannte hat insofern etwa die Stellung des Inhabers eines Legitimationspapieres nach § 808.

[2]) Zur Geltendmachung der Anfechtung ist er freilich nach richtiger und herrschender Ansicht nur bei besonderem Interesse befugt (Recht 6, 65); Rg. 53, 408; Schollmeyer, S. 384, 388; Rümann, S. 31 und dort zit. Entsch.

[3]) Er tut es freilich auf eigene Gefahr und Kosten. § 94 Z.P.O. schützt ihn nur, wenn er keine Anzeige erhielt (Planck § 409 [2], Enneccerus-L., S. 550; Neubeck, S. 48).

Schuldners von der Zession übereinstimmend nur die Wirksamkeit der Leistungen und Rechtsgeschäfte des Schuldners gegenüber dem ersten Zessionar betonen,[1] muß bei erfolgter Anzeige der Gläubiger nach § 409 die „angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen."

Das kann im Hinblick auf jene Vorschriften nur dahin ausgelegt werden, daß, wie einerseits der Benannte nach der Anzeige zugunsten des Schuldners die Rolle eines Gläubigers hat, andrerseits der bisherige Gläubiger von da an sie zugunsten des Schuldners nicht mehr haben soll, daß also der bisherige Gläubiger, wenn der Schuldner sich auf seine formelle Befugnis beruft, sich so behandeln lassen muß, als hätte er durch gültige Abtretung das Gläubigerrecht an den Benannten verloren.[2]

Macht der alte Gläubiger daher das Forderungsrecht nach erfolgter Abtretungsanzeige noch geltend, so muß ihm der Schuldner die Leistung mit dem Hinweis verweigern können, daß für ihn der Benannte der legitimierte Gläubiger sei.[3]

Es entspricht diese Auffassung auch dem Zweck der in den §§ 406 ff. gegebenen Schutzvorschriften, die den Schuldner vor nichtbefreiender Zahlung an den Nichtgläubiger bewahren sollen. Wäre der Schuldner gezwungen, trotz der Legitimation des Benannten an den alten Gläubiger auf dessen Verlangen zu zahlen, so wäre dieser Zweck des Gesetzes offensichtlich vereitelt.[4] Hätte der Schuldner an den bisherigen Gläubiger gezahlt, so könnte der Benannte auf Grund des Nachweises, daß die Abtretung an ihn gültig erfolgt sei, nochmalige Zahlung an sich fordern, wovor der Schuldner gerade geschützt sein soll.

Seiner Berechtigung, an den Benannten befreiend zu zahlen, muß daher die Befugnis entsprechen, eine Leistung

---

[1]) Wonach also hier der bisherige Gläubiger bezw. zweite Zessionar ebenfalls zugunsten des Schuldners Gläubigerrolle haben.

[2]) Siehe auch Planck, § 409 [1]; Crome, II, S. 333 β; Staudinger, § 409 [1]; Rümann, S. 25; Neubeck, S. 35.

[3]) So am schärfsten Matthiaß, I, 458; vgl. auch Neubeck, S. 38.

[4]) Abgesehen davon, daß dann die weitere Legitimation des Benannten für den Schuldner wertlos und der Abs. 2 des § 409 praktisch ausgeschaltet und überflüssig wäre.

an den bisherigen Gläubiger nach der Anzeige zu verweigern.

Diese Befugnis des Schuldners zur Leistungsverweigerung dürfte am einfachsten als verzögernde Einrede im Sinne des B.G.B. anzusehen sein.[1])

Ein Bestreiten des materiellen Gläubigerrechts des anzeigenden bisherigen Gläubigers ist mit dieser Einrede nicht notwendig verbunden. Der Schuldner kann sich vielmehr, ohne das materielle Gläubigerrecht zu prüfen, rein formell auf das ihm in § 409 gewährleistete Recht berufen, dem bisherigen Gläubiger die Leistung zu weigern, dessen Voraussetzung, die Anzeige, er seinerseits zu behaupten und erforderlichenfalls zu beweisen hat.

Im Prozeß muß die Geltendmachung der Einrede zur Abweisung der Klage des alten Gläubigers führen, da es sich dabei nicht um gegenseitige Abhängigkeit zweier Leistungen handelt, die etwa eine Verurteilung Zug um Zug begründen könnte (B.G.B. 274, 332 . .)

2. Ihr Widerruf.

Diese Regelung wird ergänzt durch die Bestimmung des § 409², wonach der Gläubiger zu einseitiger Abänderung der durch die Abtretungsanzeige geschaffenen Rechtslage nicht befugt ist, vielmehr zu einer Zurücknahme der Anzeige der Zustimmung des in der Abtretungsanzeige als neuen Gläubigers Benannten bedarf.

Dieser Widerruf der Anzeige ist, ebenso wie die Anzeige selbst, ein einseitiges empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft.

Auf ihre Genehmigung durch den Benannten finden daher die allgemeinen Vorschriften der §§ 182 ff. Anwendung.

Hat eine Abtretung tatsächlich nicht stattgefunden, ist die Anzeige also zu Unrecht erfolgt, so kann der Benannte ungerechtfertigt bereichert sein, wenn er die rechtlich gesicherte Position des Benannten ohne rechtlichen Grund erlangt hat. Dann wäre er nach § 812 ff. dem Gläubiger gegenüber zur Erteilung der

[1]) a. M. Neubeck, S. 38.

Zustimmung zum Widerruf der Anzeige verpflichtet,[1]) eventuell kann seine Zustimmung nach § 894 Z.P.O. durch Urteil ersetzt werden. Ob aber im Einzelfall die Bereicherung eine grundlose ist, darüber entscheidet das der Abtretung zugrunde liegende Kausalgeschäft.

Ist der Widerruf wirksam d. h. mit Einwilligung des Benannten erfolgt, so hört vom Zeitpunkt des Widerrufs an die Wirkung der Anzeige für die Zukunft auf.

Die vorher vorgenommenen Rechtsgeschäfte in Ansehung der Forderung dagegen bleiben gültig.[2])

Wird diese Zustimmung des Benannten aber als Genehmigung erst nachträglich erteilt oder durch Urteil ersetzt, so wird i. a. diese Zustimmung auf den Zeitpunkt des vorher erklärten Widerrufs zurück bezogen, der also für die Rechtsfolgen der maßgebende Zeitpunkt bleibt (§ 184 Abs. 1).

Damit entsteht die Frage, welche rechtliche Wirkung es hat, wenn der Gläubiger erst einseitig die Anzeige widerruft, daraufhin der Schuldner etwa an den Benannten leistet und dann der Benannte seine Zustimmung zu dem Widerruf erteilt oder seine Zustimmung durch Urteil ersetzt wird.

Würde hier die Zustimmung auf den Zeitpunkt der Erklärung des Widerrufs zurück bezogen, so würde die an den Benannten im Vertrauen auf die Unwirksamkeit eines Widerrufs nur von seiten des Gläubigers erfolgte Zahlung und damit das Prinzip der Legitimation des Benannten in einem wichtigen Punkte durchbrochen.

Diese Konsequenz verhindert das Gesetz jedoch durch § 184 Abs. 2, der bestimmt, daß eine Verfügung, die der Genehmigende vor der Genehmigung über den Gegenstand des Rechtsgeschäfts

[1]) Gem. Meinung, z. B. Crome, II, 334, Abs. 52, Schollmeyer, § 409 [4]; zu weit wohl Dernburg a. a. O., der eine Verpflichtung zur Zustimmung ganz allgemein aus § 894 Z.P.O. folgert. Was hätte es denn für einen Zweck, überhaupt die Zustimmung des Benannten zur Voraussetzung der Zurücknahme zu machen?

[2]) So Staudinger § 409 [5]; Planck § 409 [4]; Schollmeyer § 409 [4]; Endemann, S. 880, Abs. 33; Dernburg, II, 396, 6; Enneccerus-L., I, 550; Hachenburg S. 242.

getroffen hat, durch die Rückwirkung der Genehmigung nicht unwirksam werden soll. Mag es auch nach dem Buchstaben dieser Bestimmung nicht ganz unzweifelhaft erscheinen, ob die Forderung direkt als Gegenstand des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts anzusehen ist,[1] so dürfte diese Auslegung doch dem Sinne der Vorschrift gerecht werden, die, wie man insbesondere mit Planck[2]) anzunehmen haben wird, allgemein verhüten soll, daß der Genehmigende durch seine Genehmigung die von ihm vorgenommenen Verfügungen unwirksam macht.[3]

Das aber wäre der Fall, wenn der Benannte erst durch Annahme der Zahlung[4]) die Forderung zum Erlöschen bringen und nachträglich durch Genehmigung des Widerrufs der Abtretungsanzeige sie wieder neu erstehen lassen könnte.

Er würde damit die von ihm selbst geschaffene gesicherte rechtliche Position[5]) des Schuldners wieder vernichten.

Eine Rückwirkung tritt also in diesem Falle sowie bei andern Verfügungen des Benannten in der Zwischenzeit nicht ein.

Durch diese Zustimmung des Benannten zum Widerruf ist naturgemäß die aus § 409 für den Schuldner sich ergebende Einrede zeitlich begrenzt. Er kann dem alten Gläubiger nur solange die Leistung verweigern, bis der Benannte seine Zustimmung zur Zurücknahme der Abtretungsanzeige erteilt hat. Mit dieser Zustimmung endet die Verweigerungsberechtigung

---

[1]) Wirtschaftlich bildet sie ihn ohne Zweifel.

[2]) Zu § 184 Nr. 2.

[3]) Wenn Planck auch wohl zu weit geht, wenn er als der Verfügung gleichstehend jede eingetretene Rechtsänderung z. B. auch Urteil, Enteignung betrachtet. Mit Planck sonst i. a. Staudinger § 184[5]; Goldmann-L., S. 223; Enneccerus-L., S. 281; Cosack, I, 299 V in den Beispielen; a. M. wohl Rg. 69, 267.

[4]) Daß diese Annahme eine Verfügung über die Forderung ist, ergibt sich aus § 362 Abs. 2.

[5]) Vgl. Planck a. a. O.: „wohlerworbene Rechte.“ Das würde noch mehr hervortreten, wenn der Schuldner selbst keine Handlung vorgenommen, sondern der Benannte ihm z. B. gestundet oder die Schuld erlassen und der Schuldner darauf vertraut hätte.

naturgemäß, da dann der Benannte eine Zahlung an den alten Gläubiger wieder gelten lassen muß und die Gefahr doppelter Zahlung also beseitigt ist.

3. Mehrfache Anzeige.

Da, abgesehen von schriftlicher und mündlicher Abtretungsanzeige, wie oben erwähnt, diese auch noch indirekt nach § 409 Abs. 1 S. 2 erfolgen kann, ist auf verschiedenste Weise der Fall denkbar, daß mehrere Abtretungsanzeigen zusammentreffen.

Wie steht es z. B., wenn zunächst der Gläubiger G dem Schuldner S mitteilt, er habe die Forderung an A abgetreten, während nachher ein Dritter B unter Vorlegung einer späteren Abtretungsurkunde des G von S Zahlung beansprucht? oder wenn G zuerst dem S mündlich mitteilt, er habe an A abgetreten und nachher schriftlich ihm anzeigt, es sei eine Abtretung an B erfolgt? oder wenn G nacheinander schriftlich die beiden verschiedenen Zessionare benennt?

In allen diesen Fällen können zunächst A und B nach dem oben Ausgeführten auf ihre nach § 409 Abs. 1 S. 2 begründete Legitimation als Gläubiger sich nicht berufen, da diese in jedem Falle nur zugunsten des S gilt und dem Bezeichneten kein eigenes Recht verleiht.

Beide müssen ihr materielles Gläubigerrecht, also einen gültigen Abtretungsvertrag, geltend machen. Entscheidend ist dabei die Reihenfolge der an sie erfolgten Abtretungen.

Hat G dieselbe Forderung an A und dann an B abgetreten, so ist die an B erfolgte Abtretung ungültig, da durch das Verfügungsgeschäft der ersten Abtretung die Forderung bereits auf A übergegangen ist und der Nichtgläubiger G daher keine Forderung mehr an B zedieren konnte. Das gleiche gilt für A bei umgekehrter Reihenfolge.

Sowohl A als B kann also einen Anspruch gegen S nur darauf stützen, daß die Zession an ihn zuerst erfolgt oder doch die erste gültige Zession sei.

Gegenüber einer so auch materiell begründeten Inanspruchnahme durch den **zuerst Benannten** A muß der Schuldner S dann leisten.

Verlangt dagegen der zu zweit Benannte B, gestützt auf die an ihn zuerst erfolgte Zession von S Zahlung, so wird zu unterscheiden sein, ob die tatsächliche Abtretung an B vor der Mitteilung der den A benennenden Abtretungsanzeige erfolgt ist oder nachher.

Hat G zuerst dem S angezeigt, er habe die Forderung an A mit abgetreten[1]) und nachträglich erst die Forderung gültig an B zediert, so ist das materielle Gläubigerrecht des B beschränkt.

B ist in die nach der Abtretungsanzeige für G bestehende Rechtsgestaltung eingetreten und muß nach § 404 sich alle zur Zeit der Abtretung gegen G begründeten Einreden entgegensetzen lassen. S kann dem B insbesondere also auch die nach dem oben Ausgeführten gegen G begründete Einrede aus § 409 entgegenhalten, durch die das übertragene Forderungsrecht beschränkt ist.[2]) [3])

Die gegenteilige Ansicht würde dahin führen, daß der Gläubiger stets den aus § 409 begründeten Schutz des Schuldners durch weitere Abtretung der Forderung vereiteln könnte, was naturgemäß ausgeschlossen sein muß.

Ist also erst Anzeige für A und dann Zession an den Zweitbenannten B erfolgt, so steht dem Schuldner gegen B die aus § 409 sich ergebende Einrede zur Seite, daß A für ihn als Gläubiger legitimiert sei. Eine Klage des B müßte dann nach dem oben Ausgeführten bei Geltendmachung der Einrede abgewiesen werden.

---

[1]) Vielleicht auf Grund einer ungültigen Abtretung an A oder infolge von Irrtum über das Zustandekommen einer solchen Abtretung (siehe unten).

[2]) Nemo plus juris ... So auch Schollmeyer § 409 ² b, Hellwig, S. 386, Rümann, S. 24; Neubeck, S. 39, a. M. Müller und Meikel, Bd. I, S. 311, die ohne nähere Begründung annehmen, daß die Einschränkung aus § 409 nur gegen den ursprünglichen Gläubiger persönlich wirkt.

[3]) Das Gleiche gilt auch dann, wenn die Abtretung gleichzeitig mit oder vor dem Eintreffen der Anzeige bei S, aber nach deren Absendung stattgefunden hätte, denn von der Absendung an besteht die Anzeige rechtlich, wenn sie auch erst mit der Ankunft wirksam wird. § 130 Abs. 2.

Anders liegt freilich die Sache, wenn die Abtretung an B vor der den A benennenden Anzeige erfolgt war.

In diesem Falle steht richtiger Ansicht nach dem Schuldner die Einrede aus § 409 dem B gegenüber nicht zur Seite.

§ 409 greift dann gar nicht ein, denn eine Anzeige im Sinne von § 409 kann, wie schon die Begriffsbestimmung oben ergibt, nur der tatsächliche materielle Gläubiger dem Schuldner zugehen lassen, nicht aber ein früherer Gläubiger, der gegenwärtig nach Abtretung der Forderung zu keiner Einwirkung irgend welcher Art mehr befugt sein.[1])

Man wird aber auch nicht mit Planck[2]) annehmen können, daß in diesem Falle der neue Gläubiger B die Anzeige des bisherigen Gläubigers mit Benennung des A auf Grund des § 407 Abs. 1 gegen sich gelten lassen muß. Denn die Abtretungsanzeige ist kein Rechtsgeschäft „in Ansehung der Forderung". Das materielle Schuldverhältnis wird durch sie, wie bereits mehrfach hervorgehoben, gar nicht berührt, sondern geht seinen eigenen Weg. Die Anzeige schafft nunmehr eine reine formelle Schutzstellung des Schuldners, die als selbständiges Institut daneben besteht und „in Ansehung der Forderung" keine Wirkungen hervorrufen kann.

Sie fällt daher nicht unter die Vorschrift des § 407[3]) und der Schuldner kann sich, falls die Zession an B vor der Anzeige für A erfolgt ist, auf die Anzeige für A dem B gegenüber nicht berufen.

Im Ergebnis sehen wir, daß der Gläubiger eine unbegrenzte Zahl von Abtretungsanzeigen wirksam erlassen kann; jede würde

---

[1]) So auch Planck, 409 [5]) und herrsch. Meinung. Selbstverständlich gilt das nicht für den Regelfall, daß der Gläubiger nach der Abtretung den richtigen Zessionar benennt. Zu dieser den Tatsachen entsprechenden Anzeige bleibt er natürlich befugt, wovon das Gesetz stillschweigend ausgeht. Vgl. auch unten über die Bezeichnung „Gläubiger" statt „bisheriger Gläubiger".

[2]) a. a. O.

[3]) So im Ergebnis auch die Motive, die mit Recht betonen, daß das Schuldverhältnis selbst mit der Anzeige nichts zu tun habe, und herrsch. Meinung, bes. Staudinger, § 409 [3], a. M. Planck und Schollmeyer.

die Einrede aus § 409[1] begründen und nach § 409[2] nur mit Genehmigung des Benannten zurückzunehmen sein.

Sobald aber die Forderung abgetreten ist, kann der Gläubiger nur noch eine einzige Anzeige erlassen, nämlich die Benennung des Zessionars. Jede andere oder fernere Mitteilung einer Abtretung hat nicht mehr die geschilderten Wirkungen und ist daher keine „Abtretungsanzeige" im obigen Sinne.

4. Unrichtige Anzeige.

Mehrfache Abtretungsanzeigen werden nicht allzu häufig sein, da im allgemeinen die Anzeige einer wirklichen Abtretung entsprechen wird und mehrfache Abtretung derselben Forderung nicht möglich ist.

Der Hauptfall einer zweiten Anzeige wird der sein, daß die erste Anzeige unrichtig ist. Das ist der Fall, wenn eine Abtretung an den in der Anzeige Benannten tatsächlich nicht stattgefunden hat, sei es, daß die Abtretung infolge irgend welchen Rechtsmangels ungültig ist, oder daß die Anzeige in Erwartung der bevorstehenden Abtretung vorzeitig abgegeben und die Abtretung dann nicht erfolgt ist.

Ein Widerruf kann, wie stets, auch bei unrichtiger Abtretungsanzeige, nur mit Zustimmung des Benannten erfolgen.

Beruht die fälschlich abgegebene Anzeige, der eine Abtretung also nicht entspricht, auf einem Irrtum, so kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 119 gegeben sind, nach allgemeinen Grundsätzen angefochten werden. Das wäre also z. B. der Fall, wenn G seine Forderung an A abgetreten, in der an den Schuldner ergangenen Anzeige aber irrtümlich den B statt des A als Zessionar bezeichnet hätte oder wenn G in anderer Weise über den Inhalt seiner Anzeige im Irrtum war oder eine Anzeige dieses Inhalts nicht abgeben wollte. Dagegen ist zu bedenken, daß der gewiß häufig vorkommende Irrtum über das Zustandekommen der Abtretung nicht einen Irrtum über den Inhalt der Erklärung d. h. der Anzeige darstellt, denn über deren inhaltliche Bedeutung ist sich der Gläubiger in diesem Falle durchaus klar und will eine Erklärung dieses Inhalts auch abgeben. Die Erwartung der Abtretung ist vielmehr nur ein Motiv der Abgabe

der Erklärung, der Irrtum über ihr Zustandekommen daher als Irrtum im Beweggrunde unbeachtlich und für die Gültigkeit der Anzeige selbst von keiner Bedeutung.

Es fragt sich, ob der Gläubiger die Wirkung einer solchen unrichtigen, aber gültigen Anzeige durch den Nachweis entkräften kann, daß die Abtretung tatsächlich nicht erfolgt oder unwirksam sei. Die Frage wird besonders praktisch, wenn der anzeigende Gläubiger nach Erlaß der unrichtigen Anzeige selbst die Forderung wieder geltend machen will.

Es fragt sich, ob er dann die auf § 409 gestützte Einrede des Schuldners durch den Nachweis der Unrichtigkeit der Anzeige aus dem Felde schlagen kann, also durch den Nachweis, daß eine Abtretung an den Benannten nicht erfolgt sei.

Dafür scheint der Gedanke zu sprechen, daß der Schuldner eines Schutzes dann nicht mehr bedarf, wenn er durch die geforderte Zahlung endgültig befreit wird.

Auch der Nachweis der Ungültigkeit der Zession kann jedoch die erwähnte Einrede nicht beseitigen.

Das ergibt der klare Wortlaut des § 409, der auch dann Anwendung findet, wenn die Abtretung „nicht erfolgt oder nicht wirksam ist". Damit wird in strenger Konsequenz das oben angedeutete Prinzip des formellen Schuldnerschutzes auch dann durchgeführt, wenn es mit der materiellen Rechtslage in Widerspruch steht.

Nur von diesem Standpunkt aus erklärt sich ferner die Ausdrucksweise des Gesetzes im Eingang des § 409, wo es ganz allgemein von einer Anzeige des „Gläubigers" spricht. Wäre die Anwendung der Bestimmung ausgeschlossen, wenn der Anzeige eine gültige Abtretung nicht vorausgeht, so wäre der Anzeigende im Augenblick der Anzeige nie mehr der materielle Gläubiger und das Gesetz müßte daher, entsprechend seinem sonstigen Sprachgebrauch,[1] nicht von einer Anzeige des „Gläubigers", sondern des „bisherigen Gläubigers" sprechen. Da es ganz allgemein Anzeige des Gläubigers voraussetzt, kann es eine gültige Abtretung nicht zur Bedingung wirksamer Anzeige haben machen wollen und die

[1]) Cf. z. B. §§ 398, S. 2, 402, 403, 404, 406, 407.

auf die wirksame Anzeige gestützte Einrede des Schuldners kann nicht durch den Nachweis der Unwirksamkeit der Zession widerlegt werden.

Diese Regelung dehnt den Schutz des Schuldners freilich weit aus, geht aber doch nicht, wie z. B. Staudinger[1] annimmt, unbedingt über den Zweck der Schutzvorschrift hinaus. Diese soll nichtbefreiende Zahlung verhüten. Hätte aber auch der Schuldner den Nachweis für erbracht gehalten, daß an den Benannten eine wirksame Zession nicht erfolgt sei, oder wäre in einem Prozesse zwischen dem anzeigenden Gläubiger und dem Schuldner der Nachweis vom Gericht für erbracht angesehen, so wäre doch der Benannte selbst dadurch nicht gebunden und die Entscheidung in Sachen Gläubiger gegen Schuldner hätte gegen den Benannten um so weniger Rechtskraftwirkung, als der bloße Präjudizialpunkt der Ungültigkeit der Zession an der Rechtskraft des Urteils überhaupt keinen Teil hätte.

Es wäre daher denkbar, daß der Benannte nachträglich nochmals Zahlung an sich verlangte auf Grund des Nachweises, es sei an ihn doch gültig zediert gewesen. Der Schuldner wäre dann auch durch § 407, 408 nicht geschützt, weil er gegenüber dem Benannten nicht gutgläubig war. Völlige Sicherheit vor nochmaliger Inanspruchnahme hätte er also auch in diesem Falle nicht, und solange das nicht der Fall ist, soll ihm der formelle Schutz des § 409 mit der Möglichkeit sicher befreiender Zahlung nicht entzogen werden, zumal der Weg zur Beseitigung dieses Schutzes aus § 409 Abs. 2 dem Gläubiger stets offen steht.

Daß dadurch bei unrichtiger Anzeige der Gläubiger genötigt wird, zur Durchführung seines Anspruches die fehlende, vielleicht schwer zu erreichende Zustimmung des Benannten zu beschaffen,[2] erscheint nicht unbillig, da er durch seine unrichtige Anzeige die jetzige Rechtslage geschaffen hat.

[1] Zu § 409 [1].

[2] Sollte ihm der gegenwärtige Aufenthalt des Benannten unbekannt sein, so könnte er mit öffentlicher Zustellung einer Klage erforderlichenfalls sein Ziel erreichen.

5. Bösgläubigkeit des Schuldners hinsichtlich der unrichtigen Anzeige insbesondere.

Die Sachlage spitzt sich noch zu, wenn bei der unrichtigen Abtretungsanzeige der Schuldner Kenntnis davon hatte, daß die Abtretung tatsächlich nicht erfolgt oder ungültig sei, wenn er in diesem Sinne also bösgläubig war.

Der Hauptfall dafür wird der sein, daß der Gläubiger dem Schuldner zunächst anzeigt, er habe an A zediert, nachträglich aber ihm mitteilt, die Zession sei nicht erfolgt oder unwirksam. Diese Mitteilung ist als etwaiger Widerruf nach dem obigen nicht wirksam, vernichtet aber den guten Glauben des Schuldners hinsichtlich der Zession.

Auch in diesem Falle tritt jedoch eine Änderung der Rechtslage nicht ein. Der Schuldner wird also auch jetzt noch durch Zahlung an den Benannten befreit und behält seine Einrede aus § 409 gegenüber dem alten Gläubiger. Das ergibt zunächst der oben bereits erörterte Wortlaut des § 409, der ganz allgemein ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben des Schuldners die Wirkung der Abtretungsanzeige bestimmt, insbesondere aber die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung.

Schon die Motive (II, 135, 136) schützen nämlich den bösgläubigen Schuldner bei unmittelbarer Anzeige, während nach § 306 Abs. 2 des ersten Entwurfes eine Befreiung bei mittelbarer Anzeige (jetzt § 409 Abs. 1 S. 2) nicht eintreten sollte. Da diese letztere einschränkende Bestimmung durch Beschluß der Kommission gestrichen wurde, soll also guter Glaube jetzt in keinem Falle erforderlich sein.[1])

Wenn somit auch der Schutz des § 409 gewiß in erster Linie dem gutgläubigen Schuldner zugute kommen soll, so findet er in diesem guten Glauben doch nicht seine Grenze und seinen entscheidenden Grund.

---

[1]) Prot. II, 394 ff.; gem. Meinung: Oertmann § 409 [1]; Cosack, I, S. 462 Anm. 1; Endemann S. 880 Anm. 32; Planck, § 409 [1]; Crome, II, 333 Abs. 46; Dernburg, II S. 395, II [3]; Hachenburg, S. 240; Matthiaß, S. 458; Schollmeyer, § 409 [1]; Enneccerus-L., S. 550 [6]; Staudinger, § 409 [1]; Rg. 53, [470]; Recht 6, 65; a. M. Holste, S. 60, der annimmt, das Gesetz habe die Frage offen gelassen.

Der Schutz des Schuldners durch das Mittel der Legitimation des Benannten erklärt sich vielmehr, entsprechend dem oben bereits Angedeuteten, ganz allgemein aus dem schutzwürdigen Interesse, das jeder Schuldner an der Bestimmtheit des Gläubigers und der Möglichkeit jederzeit sicher befreiender Zahlung hat.

Es soll nicht Sache des Schuldners sein, erst zu ermitteln, ob eine etwa vom Gläubiger oder von anderer Seite erhaltene Mitteilung über Ungültigkeit oder Nichteintritt der Zession den Tatsachen entspricht und etwa in die Prüfung der rechtlichen Vorgänge bei der Zession einzutreten, wozu er gezwungen wäre, wenn er nach einer derartigen Mitteilung nicht mehr an den Benannten als solchen, sondern nur an den wahren Gläubiger zahlen dürfte.

Die Rechtslage soll vielmehr für den Schuldner stets klar und durchsichtig sein und er soll stets eine Person haben, durch deren Befriedigung er sich sicher von der Schuld befreit. Das ist in der Übergangszeit, in der das materielle **Gläubigerrecht** fraglich sein kann, nämlich von der wirksamen Abtretungsanzeige bis zu deren wirksamen Widerruf, der in der Anzeige Benannte, rein formell, ohne Rücksicht auf Abtretung und Kenntnis oder Nichtkenntnis des Schuldners.

Zwar lassen sich Fälle denken, in denen der Schuldner durch bösgläubige Zahlung an den Benannten oder durch bösgläubige Weigerung der Leistung an den Gläubiger gegen Treu und Glauben verstößt[1]) und daher der Gläubiger die auf § 409 gestützte Einrede des Schuldners mit einer replicatio doli beseitigen kann; im allgemeinen aber wird man das ohne Hinzutreten besonderer Umstände nicht annehmen können. Denn der Schuldner

[1]) Z. B. wenn die Zahlung des Schuldners nur den Zweck gehabt hätte, den Gläubiger zu schädigen oder wenn der Schuldner etwa in Kenntnis eines vom Benannten verübten Betruges an ihn leistet. In solchen Fällen wird bei Zahlung an den Benannten der Gläubiger auf Grund einer Klage aus § 826 vom Schuldner Schadensersatz, d. h. nochmalige Zahlung an sich fordern können. Ähnlich Planck, S. 286; Dernburg, II 395, Anm. 6, 396, Nr. 4; Oertmann § 409 [1]; Schollmeyer, § 409 [1]; Endemann, 881 Abs. 22; Neubeck 44; **Goldmann-L.**, 446 Abs. 2.

handelt zunächst nur in Ausübung seines guten Rechtes, wenn er sich durch Zahlung an den Benannten befreit oder zur Sicherung dieser Zahlung dem ursprünglichen Gläubiger die Leistung weigert. Will er sicher sein, niemandes Interessen zu schädigen, so wird er freilich am besten hinterlegen. Die Voraussetzungen des § 372 S. 2 sind gegeben, wenn Zweifel über die Gültigkeit der Abtretung bestehen, da die Person des materiellen Gläubigers dann ungewiß ist und der Genannte auf Grund der Anzeige nur formell Gläubigerrolle hat.

6. Regreß des durch falsche Abtretungsanzeige geschädigten Zessionars.

Da die Einrede aus § 409, wie oben erwähnt, auch gegen spätere Rechtsnachfolger des ursprünglichen Gläubigers Wirkung hat, so kann dadurch ein späterer ahnungsloser Zessionar erheblichen Schaden erleiden.

Teilt z. B. der Gläubiger seinem Schuldner zunächst fälschlich mit, er habe an A abgetreten und wird dann nachträglich die Forderung an B zediert, so kann B die Forderung nicht eintreiben und eine etwaige Klage des B gegen den Schuldner wird auf Grund der Einrede aus § 409 auch dann abgewiesen, wenn der Zessionar von der unrichtigen Anzeige keine Kenntnis hatte.

Schwierigkeiten kann die Frage bieten, inwieweit in einem solchen Falle der Zessionar B sich an den ursprünglichen Gläubiger halten kann, insbesondere, inwieweit er die für die Abtretung dem ursprünglichen Gläubiger gewährte Valuta herausverlangen kann.

Entscheidend ist dabei das der Abtretung zugrunde liegende Rechtsgeschäft.

Ist dies Schenkung, so würde der Zedent nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haften.

Bei arglistiger Verschweigung der Anzeige und der daraus sich ergebenden Einrede, die man als Mangel im Rechte nach § 523 anzusehen haben wird, hat er dem Zessionar Schadensersatz zu leisten.

Liegt ein entgeltliches Rechtsgeschäft zugrunde, also in erster Linie Kauf, so haftet der ursprüngliche Gläubiger, nennen wir

ihn G, als Verkäufer nach § 437 für den rechtlichen Bestand der Forderung, worunter auch das Nichtbestehen einer verzögernden Einrede zu begreifen ist, da die Stellung des Zessionars bei Geltendmachung der Einrede die gleiche ist, wie beim Nichtbestehen der Forderung.[1])

Entscheidend für die Haftung ist dabei die Zeit des Abschlusses des Kaufvertrages.[2])

Bestand die Anzeige und damit die Einrede aus § 409 schon zur Zeit des Kaufabschlusses, so hat der Zedent also für Beschaffung des unbeschränkten Forderungsrechtes einzustehen.

Da er die Einrede nicht beseitigt, sondern das mit ihr belastete Recht an B übertragen hat, so bestimmen sich die Rechte des B nach § 440.

Als Nichterfüllung wird man die Abtretung eines bestehenden Forderungsrechtes, das später noch von der Einrede ganz befreit werden kann, nicht ansehen können, doch dürfte teilweise Erfüllung vorliegen, deren bisheriger Teil für B keinen Wert hat.

Der Zessionar B kann also nach § 440 volle Verschaffung der Forderung durch Beseitigung der Einrede verlangen.

Nach rechtskräftiger Verurteilung des Zedenten zur Erfüllung (vgl. auch Z.P.O. § 255) kann B nach Maßgabe von § 325 Abs. 2, 283 B.G.B., da die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages fordern.

Bei Rücktritt kann er Rückzahlung des etwa schon gezahlten Kaufpreises (§§ 346, 327), bei Schadensersatz wegen Nichterfüllung dagegen sein ganzes positives Erfüllungsinteresse[3]) geltend machen, das zunächst den gezahlten Preis umfassen wird, u. U. aber auch beträchtlich über diesen hinausgehen kann, z. B. wenn der Zessionar nachweist, daß er die Forderung mit Gewinn weiterverkaufen konnte.

[1]) Planck, § 437 [1]; Oertmann, § 437 [1]; Crome, S. 434 a; Matthiaß, S. 491 Bd. 3; Staudinger, 437 [3], Mot. II, 126.

[2]) Planck, Oertmann, Crone, a. a. O.; Fischer-Henle § 437 [2]; Enneccerus-L., S. 596 [3]; a. M. Goldmann-Lilienthal, S. 487, 6.

[3]) Rg. 8, 107, Planck, Staudinger, Oertmann, Goldmann-L., S. 486 Anm. 12, B.G.B. § 252.

Da der Zedent ferner mit der Beschaffung der unbeschränkten Forderung schon in Verzug sein wird, oder doch durch Mahnung in Verzug gesetzt werden kann, so hat der Zessionar die gleichen Rechte nach § 326 schon nach bloßer Fristsetzung zur Erfüllung und sogar ohne solche, falls die volle Erfüllung für ihn kein Interesse mehr hat (§ 326 Abs. 2).

Ist die Erfüllung für den Zedenten dauernd unmöglich, so hat der Zessionar schließlich nach § 325 sogleich ohne Fristsetzung die Wahl zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung oder Rücktritt.

Kannte der Zessionar beim Kauf das entgegenstehende Recht des Schuldners,[1]) so haftet der Zedent gemäß § 439 nicht, soweit nicht eine Verpflichtung des Zedenten zur Beseitigung des Mangels als vereinbart anzusehen ist.

Hat der Zessionar den Kaufpreis vor der Abtretung noch nicht bezahlt, so braucht er ihn in keinem Falle zu zahlen.[2]) Als Schadensersatz wegen Nichterfüllung kann er dann die Differenz zwischen seinem etwaigen Gewinn und dem vereinbarten Kaufpreis beanspruchen.[3])

Wurde der Kauf vor der Anzeige geschlossen, so stellt die Anzeige sich als positive Verletzung der Pflicht des Zedenten zur Unterlassung jeder Schädigung des Rechtes des Käufers, also als „positive Vertragsverletzung" dar, für die der Verkäufer, abgesehen von dem oben Erwähnten, falls ihn ein Verschulden trifft, nach §§ 276, 325, 326 in der gleichen Weise aufzukommen hat.[4])

---

[1]) Über den Umfang der Kenntnis vgl. Rg. 52, 167.

[2]) Vgl. auch § 320.

[3]) So Rg. 50, 255; 66, 67; Goldmann-L., S. 377 Anm. 13; Dernburg, II 258 V; a. M. die herrsch. Meinung: Planck, § 325 [1]; Endemann, I § 124 Abs. 18; Schollmeyer, § 325 [2]; Fischer-Henle, § 325 Abs. 3.

[4]) Rg. 54, 98; 54, 286; D.J.Z. 1904, S. 342; Planck, § 326 [6]; Staudinger, § 325 [7], im Resultat übereinstimmend, da sie die Abtretung für den entscheidenden Zeitpunkt für die Haftung des Verkäufers halten: Goldmann-L., S. 487 [6]; Cosack, S. 412; Neumann, § 437 [4].

Diese Vorschriften über Kauf finden gemäß § 445 auf sonstige entgeltliche Veräußerungen von Forderungen entsprechende Anwendung, also z. B. auch auf Zahlung an Erfüllungsstatt durch Abtretung, wie § 365 noch besonders hervorhebt. Der von dem Zessionar B geleistete Gegenwert wäre hier das mit der Abtretung ipso jure eingetretene Erlöschen der Gegenrechnung des Zessionars B gegen den Zedenten.

Eine Rückgewähr der Valuta bei Rücktritt des B stößt hier freilich insofern auf Schwierigkeiten, als ein Wiederaufleben der alten Forderung des Zessionars gegen den Zedenten kraft Gesetzes nicht stattfindet und die von Planck[1]) angenommene Verpflichtung des Schuldners (Zedenten) zur Wiederherstellung dieser alten Forderung praktisch deshalb nicht durchführbar ist, weil die alte Causa (Kauf, Darlehn . . .) nach dem definitiven Erlöschen dieser Schuld des Zedenten sich i. a. nicht neu schaffen läßt. Anstelle der früher kausalen Schuld würde kraft neuen Vertrages eine neue, regelmäßig abstrakte Schuld (§§ 780, 781 B.G.B.) treten, für welche die alte nur das Motiv bildete.

Auch die Wiederbegründung der zugleich mit der Schuld erloschenen etwaigen Nebenrechte würde umständlich und, wie auch Planck a. a. O. zugibt, zuweilen ganz unmöglich sein.

Man wird daher mit Schollmeyer[2]) anzunehmen haben, daß der Zedent in diesem Falle dem Zessionar sofort aus § 323 Abs. 3, 818 Abs. 2 B.G.G. für die Bereicherung Schadensersatz zu leisten habe und zwar nach dem Werte der erloschenen Forderung unter Mitberechnung der Nebenrechte.[3])

Ist die Abtretung der Forderung vom Zedenten an den Zessionar B erfüllungshalber für eine Forderung des B an den

[1]) Zu § 365 Nr. 1 Abs. 2. Ihm folgt Dernburg, § 119, Anm. 9; Neumann, § 365 [2]; Rehbein, S. 295.

[2]) § 365, 1 $\alpha\beta$. Seinen grundlegenden Ausführungen haben sich Goldmann-Lilienthal (S. 412 Abs. 8), Fischer-Henle (§ 365 [5]) u. a. angeschlossen, in zweiter Auflage auch Oertmann. (Vgl. auch die dort § 365 Nr. 2a Zitierten.)

[3]) Siehe auch Mot. II, 83, wo der Gewährleistungsanspruch des Schuldners aus einem in der Hingabe an Erfüllungsstatt liegenden stillschweigenden Garantievertrage gefolgert wird.

Zedenten erfolgt, so ist mit der Abtretung nach der Anzeige mit Benennung des A die Forderung des B gegen den Zedenten nicht getilgt, sondern die Tilgung würde erst mit der Befriedigung des B und der abgetretenen Forderung eintreten. Da diese Befriedigung ohne Verschulden des B infolge der Einrede aus § 409 nicht erfolgt, bleibt des B alte Forderung bestehen.

Ist ein Rechtsgrund zur Übertragung der Forderung an B nicht vorhanden gewesen oder weggefallen oder herrscht über den Rechtsgrund kein Einverständnis zwischen Zedent und Zessionar, so kann der Zedent die Rückübertragung der Forderung und der Zessionar seinerseits Herausgabe des schon von ihm an den Zedenten Geleisteten nach den Vorschriften über ungerechtfertigte Bereicherung fordern.

II. Die Abtretungsanzeige bei der Hypothek.

1. Wirkung im Allgemeinen und mehrfache Anzeige.

Die im Recht der Schuldverhältnisse gegebenen allgemeinen Grundlagen der Abtretungsanzeige gelten, wie schon oben betont, auch für dingliche Rechte, wie nach § 413 die Bestimmungen über Abtretung der Forderung (398 ff.) auf die Übertragung anderer Rechte überhaupt entsprechende Anwendung finden, soweit nicht das Gesetz etwas anderes bestimmt.[1])

Als Sonder- und Hauptfall der dinglichen Rechte soll die Hypothek betrachtet werden.

Bei ihr hat das Gesetz in mancher Richtung für die Übertragung abweichende Bestimmungen getroffen,[2]) aber gerade den für die Abtretungs anzeige maßgebenden § 409 unberührt

[1]) Das Gesetz verwendet die Bezeichnung „Abtretung" nur bei der Übertragung von Forderungen. Daher erscheint es nicht ganz korrekt, bei dinglichen Rechten von einer „Abtretungsanzeige" zu sprechen; doch dürfte sich diese Bezeichnung wegen der Einheitlichkeit des Instituts und der Einfachheit des Ausdrucks empfehlen.

[2]) Vgl. für § 410: §§ 1144, 1160; für § 404: §§ 1138, 1157; für §§ 406—408: § 1156.

gelassen, der also auch für die Übertragung der Hypothek Geltung hat.

Zeigt also z. B. der Gläubiger einer Hypothek (G) dem Grundstückseigentümer (E) an, er habe die Hypothek an X abgetreten, so ist E im Verhältnis zu G nach §§ 409, 413 ebenso geschützt, wie der Schuldner bei Abtretung einer persönlichen Forderung,[1]) d. h. der Benannte X hat zugunsten des E die Rolle des Hypothekengläubigers und Zahlung an ihn wirkt gegen G, wie Zahlung an diesen selbst, auch hat E gegen G die Einrede aus § 409.

Hat der Gläubiger G die Übertragung der Hypothek auch dem mit E nicht identischen persönlichen Schuldner angezeigt, so kann E den Schutz des § 409 zugleich noch auf Grund von § 1137 geltend machen, da dieser ihm für das dingliche Rechtsverhältnis auch die Einreden des persönlichen Schuldners gegen die Forderung gewährt.

Auch das oben über mehrfache Abtretungsanzeige und deren Beziehungen zu dem materiellen Recht Ausgeführte findet entsprechende Anwendung.

Auch hier ist von der Abtretungsanzeige und der formellen Gläubigerrolle des Benannten die Frage nach dem materiellen Gläubigerrecht scharf zu scheiden, die sich ganz unabhängig davon nach folgenden Vorschriften regelt.

Die Hypothek kann nur mit der ihr zugrunde liegenden Forderung übertragen werden und geht mit dieser auf den Erwerber über (§ 1153).[2])

Die Abtretung der Forderung ist in diesem Fall entgegen der Regel des § 398 an Formvorschriften gebunden. Bei Buchhypothek ist Einigung und Eintragung erforderlich, bei der Briefhypothek muß die Abtretungserklärung[3]) in Schriftform erteilt und ferner der Hypothekenbrief übergeben werden. Ersetzt wird die Schriftform der Abtretungserklärung durch Eintragung des neuen Gläubigers ins Grundbuch (§ 1154), die Übergabe des

---

[1]) So Schollmeyer, § 413; Planck, § 1156 [1].

[2]) Ausnahmen siehe Staudinger, § 1153, III 2.

[3]) Also nur einseitig.

Briefes aber durch bloße Einigung, wenn der neue Gläubiger bereits im Besitze des Briefes ist, sowie durch Besitzkonstitut,[1], auch durch ausdrückliche oder stillschweigende Abtretung des Herausgabeanspruches[2]) an dem Briefe oder die Vereinbarung, daß der Zessionar befugt sein soll, sich den Brief vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen (§ 1117 Abs. 2).

Wird nun die Hypothek ohne Erwähnung der Forderung übertragen, so wird man im Zweifel deren Mitübertragung als gewollt anzusehen haben[3]), zumal im täglichen Verkehr die Unterscheidung zwischen dinglichem Recht und Forderung meist nicht mit juristischer Schärfe innegehalten, vielmehr unter „Hypothek" eine Vereinigung von dinglichem und persönlichem Recht verstanden wird. Ist allerdings die Mitübertragung der Forderung ausdrücklich ausgeschlossen, so ist auch die Übertragung der Hypothek als solcher nach § 1153 Abs. 2 unwirksam; sie wäre nur bei Loslösung des dinglichen von dem persönlichen Recht, also unter Umwandlung der Hypothek in eine Grundschuld möglich?[4])

2. Unrichtige Anzeige, insbesondere

a. Zahlung an den fälschlich Benannten.

Entspricht nach diesen Vorschriften die Abtretungsanzeige den Tatsachen, d. h. liegt zugleich eine gültige Übertragung der Hypothek an den in der Anzeige Benannten vor, so bietet die Rechtslage des Schuldners keine Schwierigkeiten. Er ist berechtigt und verpflichtet, den Zessionar als Gläubiger zu behandeln. Zahlt er an den Zessionar, so wird er durch Zahlung an den materiellen Gläubiger befreit[5]), das Schuldverhältnis erlischt und der Schuldner kann sich wegen Herausgabe des Hypothekenbriefes und Erteilung der Löschungsbewilligung nur an den befriedigten Zessionar wenden.

---

[1]) Vgl. u. a. Planck, § 1154, 3 a.

[2]) Cf. Rg. 54, 111.

[3]) So Fuchs, S. 482 Nr. 4 und die dort zit. Entscheidungen aus dem preußischen Recht.

[4]) Fuchs, a. a. O.; Planck, § 1153, 2 b.

[5]) Näheres siehe unten.

Liegt eine gültige Abtretung aber nicht vor, d. h. ist die Anzeige unrichtig, so gilt nur infolge der Anzeige zu gunsten des Eigentümers der Benannte als Gläubiger. Zahlt der Schuldner an ihn, so zahlt er an einen Nichtgläubiger eine Nichtschuld, der Gläubiger aber muß infolge seiner Anzeige diese Zahlung als Befriedigung gelten lassen und der Grundstückeigentümer (wir wollen ihn ein für allemal E nennen), erlangt somit dann die Stellung eines Hypothekenschuldners, der den Gläubiger befriedigt hat.

Voraussetzung wäre aber im allgemeinen, daß die Bedingungen des § 1142 erfüllt sind, also daß die Forderung dem E gegenüber fällig oder daß auch der persönliche Schuldner zur Leistung berechtigt ist.[1])

Aber auch, wenn danach eine Zahlung noch nicht zulässig wäre, wird man anzunehmen haben, daß E in der sogleich näher anzugebenden Weise befreit wird, wenn der Benannte, der für E die Stellung des Gläubigers hat, der vorzeitigen Leistung nicht widersprochen, noch ihre Annahme abgelehnt hat, da auch der Gläubiger die Befriedigung vorzeitig entgegennehmen kann.[2])

Wie jeder Grundstückseigentümer bei Befriedigung des Hypothekengläubigers, wird daher auch bei unrichtiger Anzeige E durch Zahlung an den Benannten selbst Gläubiger der Post und damit nach § 952 Eigentümer des Hypothekenbriefes.

Das Grundbuch, das den Anzeigenden alten Gläubiger (nennen wir ihn G) noch als Gläubiger aufführt, das bereits entstandene Recht des E aber nicht angibt, ist somit in Ansehung eines Rechtes an dem Grundstück unrichtig; E erlangt[3]) den Berichtigungsanspruch nach § 894 und infolgedessen den Anspruch auf Vorlegung des etwaigen Hypothekenbriefes an das Grundbuchamt nach § 896, ferner nach §§ 402, 412, 413 den Anspruch auf Auslieferung der zum Beweise des Rechts

[1]) Vgl. Cosack III, 251; Matthiaß, 161.

[2]) Cf. Oberneck, S. 228.

[3]) Cf. u. a. Fuchs, S. 463, 1 a; Planck, § 1144 [1].

dienenden Urkunden, soweit sie sich im Besitze des Gläubigers befinden.

Abgesehen davon kann E auf Grund der Zahlung an den fälschlich Benannten nach § 1144 noch besonders Aushändigung des Hypothekenbriefes und der sonstigen Urkunden verlangen, die zur Berichtigung des Grundbuchs erforderlich sind, insbesondere öffentlich beglaubigte Quittung, die zur Umschreibung oder Löschung der Post ausreichen würde, oder statt dessen Löschungsbewilligung oder auch beides vereint als „löschungsfähige Quittung“.

Diese Ansprüche stehen nach der Zahlung an den Benannten dem Eigentümer E als solchen zu, ohne Rücksicht darauf, ob er zugleich der persönliche Schuldner ist oder nicht.

Die Unterscheidung ist jedoch insofern bedeutsam, als E, der nicht persönlicher Schuldner ist, kraft gesetzlicher Zession (§§ 1143, 774) auch die Forderung und damit verbunden die Post als Eigentümerhypothek erwirbt, während auf E, der zugleich persönlicher Schuldner ist, nach Erlöschen der Forderung [1]) die Post nur unter Umwandlung in eine Grundschuld übergehen kann.

Zur Geltendmachung des Berichtigungsanspruches nach § 894 ist E dann in doppelter Weise legitimiert [2]), einmal als Eigentümer, dessen Recht durch das buchmäßige, erloschene Hypothekenrecht des G beeinträchtigt ist, und ferner als Gläubiger, dessen erworbenes Hypothekenrecht nicht eingetragen ist. [3])

---

[1]) Er hat daher in beiden Fällen den Berichtigungsanspruch auch hinsichtlich der Forderung § 1138; vgl. z. B. Fuchs, § 894, 3 e.

[2]) Es dürfte zu weit gehen, hier mit Endemann (S. 384 ff.) und ähnlich Goldmann (S. 35 ff.) einen besonders gearteten, aus dem Buchungssystem sich ergebenden öffentlichen Rechtsanspruch anzunehmen, da die Eintragung im Grundbuch ein notwendiges Akzessorium der Grundstücksrechte bildet und der Berichtigungsanspruch sich aus der Beschränkung des materiellen Rechts und seiner Bedrohung durch den öffentlichen Glauben ausreichend rechtfertigt. Zu weit auch Schilde (S. 54 ff.), der den Anspruch jedem Interessenten, also auch bloßem Buchberechtigten, geben will. Näheres siehe unten.

[3]) Cf. u. a. Planck, § 894, III 1 b u. a; Kretzschmar, § 894, V 1; Dernburg, S. 169, 1; Fuchs, § 894, 4; Staudinger, § 894, III.

Er kann daher die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, „dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird", zu dessen Gunsten also die unrichtige Eintragung gereicht und dessen formelles buchmäßiges Recht infolge der Berichtigung beseitigt oder beschränkt wird.[1]

Das ist in jedem Falle der eingetragene Nichtgläubiger G, der sonach seine Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs, d. h. zu der die richtige Rechtslage bekundenden Eintragung erteilen muß.[2]) Er muß auf Verlangen des E bewilligen, daß dieser statt seiner als Gläubiger der Eigentümerhypothek oder Grundschuld eingetragen werde. Da E jedoch zugleich der Eigentümer des Grundstückes ist, könnte er zugleich nochmals über die Post verfügen und statt der Zustimmung zur eigenen Eintragung auch gleich Löschungsbewilligung verlangen, wodurch das Wesen des Berichtigungsanspruches als solches sich nicht ändern dürfte.[3])

---

[1]) Vgl. die Seite 25 Note 2 Zitierten.

[2]) In der in § 29 G.B.O. vorgeschriebenen Form. Der Anspruch ist unabhängig davon, ob E die Berichtigung durch Antrag beim Grundbuchamt direkt erreichen kann. Cf. Jahrbuch des deutschen Rechts 1908, S. 369; Planck, § 894, IV.

[3]) Für eine derartige Klage aus § 894 wäre der Gerichtsstand der belegenen Sache nach Z.P.O. § 24 ausschließlich begründet. Es handelt sich um einen dinglichen Anspruch, der ein Grundstücksrecht zur Voraussetzung und Grundlage hat. Die Klage basiert auf dem Eigentum des E am Grundstück bezw. seinem erworbenen Gläubigerrecht und bezweckt Beseitigung der durch die jetzt unrichtige Eintragung des G bewirkten Beschränkung des Eschen Rechtes, denn nach dem Grundbuchsystem erschöpft sich das dingliche Recht an einem Grundstück nicht in der Sachherrschaft, sondern umfaßt zugleich die der Rechtslage entsprechende Eintragung im Grundbuch. Mit der Klage aus § 894 macht E also negatorisch die Freiheit von einer dinglichen Belastung geltend. Für dinglichen Gerichtsstand Planck, § 894, 1; Fuchs, § 894, 1 a; Endemann II, S. 387 Anm. 24; Oberneck II, 232; Dernburg III, 169; Staudinger, § 894, 1; Cosack, S. 36; Gaupp-Stein, § 24 Z.P.O. III, 1, 3; Biermann, § 894; a. M. Kretzschmar, § 894, V; Oberneck, S. 422; Turnau-Förster (S. 301) zustimmend für den Fall, daß das Eigentum, dingliche Belastung oder Freiheit geltend gemacht wird. Für dingliche Natur des Anspruches auch Rg. 51, 414; 53, 375; J.W. 96, 380 [55]; Jahrb. d. deutsch. Rechts 1909, S. 400; Dernburg, a. a. O.; Matth. 38,

Der aus § 1144 begründete Anspruch auf Herausgabe des Briefes Zug um Zug kann sich auch nachträglich gegen den Befriedigten materiellen Gläubiger („gegen Befriedigung des Gläubigers") richten, also ebenfalls gegen G, der die Befriedigung gegen sich gelten lassen muß, und zwar gleichgültig, ob G noch im Besitze des Briefes ist oder nicht.[1])

Den Brief kann E außerdem als Eigentümer nach § 952 vom Besitzer vindizieren.

Gegen den in der Anzeige Benannten, den nichteingetragenen Nichtgläubiger, dem keine Hypothek, sondern eine nicht geschuldete Geldsumme gezahlt worden ist und der nicht im Besitze des Briefes ist, kann dem E ein Anspruch auf Löschungsbewilligung oder Herausgabe des Briefes nicht zustehen, ganz abgesehen davon, daß dessen Löschungsbewilligung für E keinen Wert hätte.

Zwar hat der Benannte durch die Anzeige zugunsten des E die formelle Rolle eines Gläubigers erhalten, aber diese Legitimierung gilt doch andererseits nur zu Lasten des ursprünglichen und wahren Gläubigers G, im Verhältnis von G zu E und nicht zu Lasten des Benannten selbst; sie kann daher nicht dahin führen, dem genannten Nichtgläubiger Verpflichtungen aufzuerlegen, die er materiell nicht hat.

b. Zession an einen Andern als den Benannten.

Ist bei der unrichtigen Anzeige eine Abtretung der Hypothek zwar erfolgt, aber an einen Anderen als den Benannten, so ist zu scheiden, ob diese Zession vor oder nach der Anzeige stattgefunden hat.

Ist vor der Anzeige zediert, so kann der Eigentümer E sich auf die Abtretungsanzeige und eine etwaige Zahlung an den nachträglich unrichtig Benannten nicht berufen, denn zu einer nach §§ 409, 413 schützenden Anzeige war der bisherige Gläubiger als jetziger Nichtgläubiger nicht mehr befugt und § 408 ist in „Ansehung der Hypothek" durch § 1156 aus-

---

für obligat. Anspruch; Cosack III, 35; Stintzing, Recht 05, 72; eigenartiger öffentl. Rechtsschutzanspruch nach Endemann, S. 384; ähnlich Goldmann, S. 35 ff.; Schilde, 54 ff.

[1]) Planck, § 1144, 3 a; Kretzschmar, § 1144, 5.

geschaltet. Nur bei gutgläubiger Zahlung an den durch Eintragung oder öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung legitimierten Gläubiger wäre der Eigentümer befreit.

Hat der Zessionar sein Gläubigerrecht dagegen erst nach der Anzeige erworben, so tritt er i. a. in die zur Zeit der Anzeige bestehende Rechtsstellung des anzeigenden Gläubigers ein, müßte also an sich[1]) nach §§ 404, 413 bezüglich des dinglichen Hyoothekenrechts die bei der Abtretung schon begründete Einrede aus § 409 und damit auch die auf Grund der Anzeige etwa erfolgte Zahlung an den unrichtig Benannten gegen sich gelten lassen.

Das hebt § 1157 noch ausdrücklich hervor, da man die auf § 409 gegründete Einrede als eine solche anzusehen haben wird, die dem Eigentümer „auf Grund eines Rechtsverhältnisses", nämlich der durch die Anzeige geschaffenen Rechtsbeziehungen, gegen die Hypothek zusteht.[2])

Ist der Eigentümer zugleich der persönliche Schuldner, oder ist die Abtretungsanzeige auch an den nicht mit ihm identischen Schuldner erfolgt, so ergibt sich die Einrede für ihn zugleich aus § 1137 und zwar selbst dann, wenn der persönliche Schuldner auf sie verzichtet hat.

Nach §§ 892, 1157 gilt nun aber zugunsten des gutgläubigen Zessionars der Inhalt des Grundbuches als richtig.

Daraus ergibt sich nach Lage der Sache ein doppeltes:

Einmal gilt zugunsten des Zessionars der eingetragene Gläubiger auch dann noch als Gläubiger, wenn er es infolge einer bereits vorher erfolgten, nach § 409 ihm gegenüber wirksamen Zahlung des Eigentümers an den fälschlich Benannten tatsächlich gar nicht mehr ist, es sei denn, daß der Zessionar von dem Gegenteil, also von der befreienden Zahlung, Kenntnis hatte.

Zweitens gilt zugunsten des Zessionars dessen erworbenes Hypothekenrecht als frei von allen Einschränkungen, die sich

[1]) Außer den sonstigen Einwendungen des E, der, wie stets, das Gläubigerrecht bestreiten, insbesondere z. B. unredlichen Erwerb des Briefes dartun könnte.

[2]) Vgl. Planck, § 1157 [1]; Fuchs, S. 484, zu § 457.

nicht aus Grundbuch oder Brief ergeben, also auch gemäß § 1157 von der Einrede aus § 409, es sei denn, daß der Zessionar von dieser auf die Anzeige begründeten Einrede Kenntnis hatte.

In beiden Richtungen weicht der Schutz des Schuldners dem des gutgläubigen Dritten.[1])

Den bösen Glauben, d. h. die Kenntnis des Zessionars von der aus der Anzeige begründeten Einrede und eventuell auch der befreienden Zahlung hat der Eigentümer zu beweisen.[2]) Kenntnis der Zahlung käme naturgemäß nur in Frage, wenn eine Zahlung vor der Abtretung erfolgt ist, da sonst der Zessionar noch von dem rechtmäßigen Gläubiger G erworben hat.

Auch eine durch Zahlung des E an den fälschlich Benannten etwa schon erloschene oder auf den Eigentümer E übergegangene Forderung (§ 1138) und das auf E schon übergegangene Hypothekenrecht (§ 892) gelten also zu gunsten des gutgläubigen Zessionars ohne Einschränkung (§ 1157) als dem bisherigen Gläubiger noch zustehend. Der Zessionar erwirbt sein Gläubigerrecht originär und mit dem Gläubigerrecht nach § 952 das Eigentum am Briefe, die etwa vom Grundstückseigentümer bereits erworbenen Rechte erlöschen, soweit sie dem des Zessionars entgegenstehen.

Der Eigentümer kann sich somit gegenüber dem Zessionar auf eine Leistung an den Benannten nur berufen, wenn er den bösen Glauben des Zessionars beweisen kann. Wollte er seine auf die Anzeige begründete Einrede gegenüber dem gutgläubigen Erwerber schützen, so hätte er sie durch Eintragung eines Widerspruches sichern müssen.[3])

---

[1]) E kann jedoch bei Abtretung nach der Zahlung an den Benannten nach § 816 von G das für die Verfügung Erlangte, bei unentgeltlicher Zession auch vom Zessionar dessen rechtlichen Vorteil kondizieren. Außerdem hat er gegen G eventl. Anspruch auf Schadensersatz wegen unerlaubter Handlung (§§ 823, 826).

[2]) Entscheidend ist der Augenblick, wo der Zessionar außer der formgültigen Übertragung der Forderung (1154) auch den Besitz des Briefes erlangt hat. Bez. der Eintragung vgl. § 892 Abs. 2.

[3]) Cf. Kretzschmar, § 1157 [3]; Planck, § 1157 [3]; Turnau-Förster, § 1157 [2]; Oberneck, S. 391.

Hat der Eigentümer auf Grund der Anzeige an den fälschlich Benannten auch hier geleistet, während tatsächlich an einen Andern zediert ist, so ergeben sich im Anschluß an das oben Ausgeführte je nach der Reihenfolge der Rechtsakte nunmehr folgende Möglichkeiten.

Ist erst die falsche Abtretungsanzeige, sagen wir für X, dann die Abtretung an Z erfolgt und hat der Grundstückseigentümer E nachher an den fälschlich Benannten X gezahlt, so war zur Zeit der Zahlung nicht mehr der bisherige Gläubiger materieller Gläubiger, sondern der Zessionar Z. Befreit in der oben ausgeführten Weise wird der Grundstückseigentümer aber nur dann, wenn der materielle Gläubiger die Zahlung an den benannten Nichtgläubiger X als Befriedigung gegen sich gelten lassen muß. Das muß der Zessionar Z nur dann, wenn er beim Erwerbe der Hypothek die aus der Anzeige sich ergebende Einrede kannte. War Z hinsichtlich der Anzeige gutgläubig, so ist eine wirksame Befriedigung des Gläubigers durch die Zahlung nicht eingetreten, E wird also auch nicht selbst Gläubiger der Post und erwirbt keinen Anspruch aus § 894 und § 1144 und kein Eigentum am Brief. Kannte dagegen Z beim Erwerbe die Einrede, so muß er die Zahlung an den Benannten als Befriedigung gelten lassen (404, 413, 1156). E wird selbst Gläubiger und erwirbt die Ansprüche aus § 894 und § 1144, sowie das Eigentum am Brief (§ 952). Der Anspruch aus § 1144 und eventuell aus § 952 auf Herausgabe des Briefes richtet sich dann nur gegen den befriedigten Gläubiger Z, während der Zedent als solcher nicht mehr in Frage kommt. Der Anspruch aus § 894 auf Berichtigung dagegen richtet sich gegen den eingetragenen Buchgläubiger.[1])

[1]) Ist Z nicht eingetragen worden (§ 1154 Abs. 1 S. 1), so ist das noch der bisherige Gläubiger G, dessen „durch die Befriedigung betroffenes“ buchmäßiges Gläubigerrecht schon seit der Abtretung an Z materiell nicht mehr besteht (von der Zahlung hätte daher eventl. Z den Anspruch aus § 894 gegen G gehabt) und seit der Befriedigung des bösgläubigen Z eine Belastung darstellt, die das erworbene Recht des E beeinträchtigt. Dagegen wäre Z als eingetragener oder auch nach § 1155 legitimierter Gläubiger für den Anspruch aus § 894 passiv legitimiert.

Ein Anspruch gegen den fälschlich Benannten X, an den die Zahlung erfolgte, ist weder auf Berichtigung noch auf Herausgabe des Briefes gegeben.[1])

Ist die Abtretung der Hypothek an Z erst nach der Zahlung an den fälschlich Benannten X erfolgt, so war bei der Zahlung der Zedent G noch Gläubiger und mußte kraft der Anzeige die Zahlung als Befriedigung gelten lassen. E ist Gläubiger der Post geworden und hat gegen G die Ansprüche aus §§ 894, 1144 und das Eigentum am Brief erworben.

Hatte Z bei Übertragung der Hypothek keine Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs, d. h. der befreienden Zahlung an X, so gilt für ihn das Grundbuch als richtig, er erwirbt seinerseits das Gläubigerrecht und die entgegenstehenden Rechte des E erlöschen. Es erlischt somit auch der von E erworbene Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs, der mit dem neuen Rechte des Z unvereinbar ist, dagegen nicht der Anspruch gegen G aus § 1144, der dem Recht des Z nicht entgegensteht und den Besitz des Briefes nicht voraussetzt.[2])

War Z beim Erwerbe bösgläubig, so ist die Übertragung der Hypothek nur eine unwirksame Verfügung eines Nichtberechtigten, das Grundbuch bleibt zugunsten des E unrichtig, das Recht des E gegen G auf Einwilligung in die Löschung oder Umschreibung und auch Herausgabe des Briefes daher unberührt.

Auf Unmöglichkeit der Leistung, soweit man deren Grundsätze mit dem Reichsgericht[3]) analog auf diese dinglichen Ansprüche anwenden will, kann sich G bei seiner Haftung aus § 1144 bezw. 894 nicht berufen, da er die Hypothek und den Brief zurückerwerben kann. Auch trifft ihn die Schuld an der etwaigen Unmöglichkeit.

---

[1]) Wegen der eventl. Kondiktion siehe oben.

[2]) Auch hat E eventl. Schadensersatzanspruch gegen G wegen unerlaubter Handlung. Vgl. oben; auch wegen der eventl. Kondiktion.

[3]) Rg. 60, 250. Für allgemeine Anwendung auch Planck, Bd. II, S. 4; weniger Dernburg, Bd. II, S. 4; cf. auch Rümelin im Arch. für Ziv.-Praxis 68, 192. Für Plancks Ansicht spricht § 990 Abs. 2, der die analoge Anwendung voraussetzt.

3. Anhang: Bedeutung des § 1160.

Selbst der gutgläubige Zessionar würde jedoch, falls es sich um eine Briefhypothek handelt, mit einer Klage gegen den Grundstückseigentümer nicht einmal in jedem Falle durchdringen. Ist nämlich die Übertragung der Hypothek vom bisherigen Gläubiger an den Zessionar nach § 1154 durch schriftliche Abtretungserklärung und Übergabe des Briefes erfolgt, so muß der Zessionar zur Geltendmachung der Hypothek gegenüber dem Grundstückseigentümer noch ein weiteres Erfordernis erfüllen.

Nach § 1160 kann der Grundstückseigentümer bei der Geltendmachung der Hypothek von dem nicht eingetragenen Hypothekengläubiger außer der Vorlegung des Briefes noch Legitimation durch eine öffentlich beglaubigte Abtretungserklärung des eingetragenen Gläubigers verlangen.[1]

Dafür, daß Vorlegung einer öffentlicht beglaubigten Abtretungsurkunde erforderlich ist, spricht der deutliche Wortlaut des § 1160, der ohne Einschränkung auf die in § 1155 erwähnte zusammenhängende „Reihe von öffentlich beglaubigten Abtretungserklärungen“ verweist. Nur eine solche kann daher das Gesetz, wenn man ihm nicht eine grobe Nachlässigkeit der Fassung zum Vorwurf machen will, gemeint haben. Meint aber das Gesetz öffentlich beglaubigte Abtretungsurkunden, so kann man diesen gesetzlichen Willen nicht mit Fuchs[2] durch den bloßen Hinweis auf die Unzweckmäßigkeit der Vorschrift, die die Absicht des § 1154 Abs. 1 vereitele, beseitigen.

Eine nachlässige Fassung des Gesetzes anzunehmen, liegt um so weniger Veranlassung vor, als die dem Wortlaut entsprechende Auslegung der Bestimmung und das Erfordernis öffentlich beglaubigter Zessionsurkunde einen guten Sinn hat. Die Vorschrift dient, ganz analog wie beim obligatorischen Schuldner der § 410 Abs. 1, dem Schutze des Hypothekenschuldners. Der Eigentümer

[1]) Herrsch. Meinung: Planck, § 1160, 5 d; Staudinger, § 1160 [1]; Fischer-Henle, § 1160 [8]; Crome III, 716 Abs. 28; Matthiaß III, 159, 1 a; Hachenburg, 584; Leske I, 545, u. a.; a. M. Fuchs, S. 513, 7; Oberneck, S. 370 (mit dessen Ansicht wohl aber seine Bemerkung S. 209 oben in Widerspruch steht); Turnau-Förster I, 739.

[2]) a. a. O.

soll die Möglichkeit haben, Dritten gegenüber den Nachweis der befreienden Zahlung zu führen. Bei der Abtretung der Forderung kann der Schuldner dem Zedenten und dessen Rechtsnachfolgern die befreiende Zahlung nachweisen, wenn er an den durch schriftliche Abtretungsurkunde Legitimierten (§ 409 Abs. 1 S. 2) gezahlt hat. Daher kann der persönliche Schuldner Vorlegung einer solchen verlangen (§ 410). Der Briefhypothekenschuldner und Grundstückseigentümer kann den Nachweis der befreienden Zahlung nur führen, wenn er (abgesehen von der Eintragung) gutgläubig[1]) an den durch öffentlich beglaubigte Abtretungsurkunde legitimierten Besitzer des Briefes (§ 1155, 893) geleistet hat. Daher soll er Vorlegung des Briefes und Beschaffung einer solchen Urkunde fordern können.[2])

Gerade die Bezugnahme auf § 1155 in § 1160 scheint auch diese innere Beziehung nahezulegen.

Der öffentlich beglaubigten Abtretungserklärung bedarf zudem der Eigentümer, wenn er die Löschungsbewilligung des nicht eingetragenen Zessionars dem Grundbuchamt gegenüber verwerten will.

Gewiß wird durch diese Vorschrift des § 1160 die Benutzung der nach § 1154 Abs. 1 zum Erwerbe des Gläubigerrechts ausreichenden privatschriftlichen Abtretungsurkunde im Verkehr eingeschränkt, aber sie wird bei klaren einfachen Verhältnissen, insbesondere bei Einverständnis des Eigentümers, immerhin ihren Zweck erfüllen, den Parteien Kosten und Umstände zu ersparen. Einer Schikane des Eigentümers gegen den Zessionar, wie sie Fuchs[3]) befürchtet, ist durch die ausdrückliche Vorschrift des § 1154 Abs. 1 S. 2 möglichst vorgebeugt, wonach der Zessionar vom

---

[1]) Wie dann vermutet wird.

[2]) Der obligatorische Schuldner kann die Vorlegung der Abtretungsurkunde nicht fordern, wenn er eine schriftliche Abtretungsanzeige erhalten hat, weil er den Nachweis der Befreiung dann schon aus dieser nach § 409 Abs. 1 S. 1 führen kann. Entsprechend fällt die Pflicht zur Vorlegung der öffentlichen Abtretungsurkunde aus § 1160 fort, wenn der Zessionar im Grundbuch eingetragen ist, weil der Eigentümer dann den Nachweis der befreienden Zahlung aus dem Grundbuch direkt führen kann (§§ 892, 893).

[3]) a. a. O.; vgl. auch Staudinger, § 1160, I, 1 a.

Zedenten auf dessen Kosten öffentliche Beglaubigung der Abtretungserklärung verlangen kann.

Das aus der Nichtvorlegung der öffentlich beglaubigten Abtretungsurkunde nach § 1160 für den Grundstückseigentümer begründete Widerspruchsrecht ist seiner rechtlichen Natur und Wirkung nach bestritten.

Die Einen[1]) erblicken darin die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechtes nach § 274 B.G.B., kraft dessen im Prozeß die Vorlegung zu einer Voraussetzung der Verurteilung des von dem Zessionar verklagten Grundstückseigentümers wird und Verurteilung Zug um Zug erfolgen muß; andere[2]) ein Bestreiten der Aktivlegitimation des Zessionars, das zur Klageabweisung führt, noch andere[3]) sehen in dem Widerspruche eine selbständige formelle Einrede, deren Resultat eventuell ebenfalls Klageabweisung sein soll.

Der letzteren, insbesondere von Fuchs,[4]) grundlegend vertretenen Ansicht wird beizutreten sein.

Zunächst ist ein Bestreiten der Aktivlegitimation des Zessionars in dem Widerspruche aus § 1160 nicht zu erblicken, denn zur Begründung der hypothekarischen Klage genügt nach allgemeinen Grundsätzen die Behauptung und eventuell der Nachweis, daß der Zessionar die Hypothek erworben hat, d. h. daß sie ihm (abgesehen von der möglichen Eintragung) schriftlich mit der Forderung abgetreten und der Hypothekenbrief ihm übergeben

[1]) Prot. III, 664; früher Biermann, 1. Aufl., § 1160 [1]; früher Staudinger zu § 1160; Matthiaß III, 519, 1 a; zweifelhaft Neumann, § 1160, 2 u. 3.

[2]) E. I, § 1117; Mot. 3, 617 u. 757; Hachenburg, S. 585; Turnau-Förster, § 1160, Nr. 3; Kretzschmar, § 1160, Bem. 2 a; Oberneck, 2. Aufl.

[3]) Herrschende Ansicht, bes. Fuchs, § 1160 [1]; Planck, § 1160, 5a; Staudinger, § 1160, I, 1 b; jetzt Biermann, § 1160, 1 b; Dernburg, S. 789; Oberneck, 4. Aufl. S. 370; Endemann II, 837 Abs. 24; Fischer-Henle, § 1160 [3]; Leske I, 545 Abs. 9; Rg. 55, 244; Jahrb. des deutsch. Rechts, Bd. I zu § 1160, Kammergericht im „Recht“ 01, 539.

[4]) a. a. O.

ist.[1]) Ein Bestreiten der Aktivlegitimation könnte daher den Kläger nicht im Gegensatz zu den allgemeinen Regeln über Beweisverteilung zu dem Nachweis zwingen, daß er den Brief gegenwärtig noch habe, und ihn gar zur Vorlegung von besonders formelisierten Abtretungsurkunden nötigen.[2])

Ganz allgemein und ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage normiert das Gesetz das Widerspruchsrecht des Grundstückseigentümers, das sich daher, ganz ähnlich wie § 409 f., als ein zum Schutz des hypothekarischen Schuldners gegebenes rein formelles Leistungsverweigerungsrecht darstellt, als verzögernde Einrede der mangelnden Urkundenvorlegung im Sinne des B.G.B., nicht der Z.P.O.[3])

Daher kommen auch die prozessualen Regeln über Beweisantritt, Beweisthema, Urkundenedition hierbei nicht in Frage.[4])

Daß die Wirkung der Einrede bei Nichtvorlegung nicht eine Verurteilung Zug um Zug sein kann, ergibt außer dem Wortlaut[5]) auch der Zweck der Vorschrift.

Der Eigentümer soll sich vor der Leistung durch Einsicht des Briefes und der Abtretungsurkunden überzeugen können, ob er unbedenklich an den Kläger zahlen kann oder ob dessen Recht Einreden entgegenstehen.[6]) Dieser Zweck ist bei Verurteilung Zug um Zug vereitelt.

---

[1]) Im Gegensatz zu E. I, 1117; cf. Dernburg III, 789. Nötig zur Klagbegründung ist die Vorlegung des Hypothekenbriefes nur im Urkundenprozeß; gem. Meinung s. z. B. Staudinger, § 1160, I, 1b.

[2]) So insbesondere Fuchs, S. 150, 1aa; Biermann, S. 367b und auch Planck, § 1160, 5a. Natürlich kann sich andrerseits auch ein Bestreiten des Gläubigerrechts mit dem Widerspruch aus § 1160 verbinden und eventl. sogar eine Widerklage auf Herausgabe des Briefes, cf. Turnau, § 1160 [8].

[3]) Biermann, a. a. O.; Planck zu § 1160; a. M. Fischer-Henle, § 1160 [3]; Turnau-Förster, a. a. O. Da es sich insbesondere um keine prozeßhindernde Einrede (Z.P.O. § 274) handelt, kann der Beklagte deshalb die Einlassung zur Hauptsache nicht verweigern.

[4]) So besonders Fuchs, S. 510, 1bb.

[5]) Das Gesetz verwendet in diesem Falle eine andere Terminologie, z. B. 274 [1], 322 [1]; vgl. auch den Gegensatz von §§ 410 („Aushändigung") und 1160 („Vorlegung"). So Fuchs, a. a. O.; jetzt auch Biermann, S. 367c.

[6]) Vgl. insbesondere für den Brief § 1140.

Die Einrede kann bis Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urteil ergeht, geltend gemacht werden (Z.P.O. 278).

Ihre Wirkung kann nach dem Ausgeführten nur Abweisung der Klage des Zessionars sein.[1]) Doch ist dem Kläger auf sein Verlangen eine Frist zur Vorlegung der von § 1160 vorgeschriebenen Urkunden zu bewilligen.

---

[1]) Gem. Meinung (s. o. insbesondere auch Rg. 55, 224). Über die spätere Nachholung des im Prozeß unterbliebenen Widerspruches siehe Turnau-Förster, § 1160, Nr. 3. Die Befugnis zum Widerspruch aus § 1160 kann durch Vereinbarung (eventl. Eintragung) ausgeschlossen werden; cf. Fuchs, S. 514; Oberneck; Planck; Staudinger u. a. Rg. 57, 346 und dort zitiert.

Lebenslauf.

Geboren am 30. April 1883 als Sohn des inzwischen verstorbenen Oberlehrers Dr. Paul Leske in Liegnitz besuchte ich nach Erledigung der Vorschule von Sexta bis Prima die Königliche Ritterakademie in Liegnitz und bestand Ostern 1901 die Reifeprüfung. Ich studierte in Tübingen, Leipzig und Berlin Rechtswissenschaft und bestand am 16. Dezember 1904 in Berlin die Referendarprüfung. In Greiffenberg i. Schl., Liegnitz und Breslau wurde ich im Vorbereitungsdienst beschäftigt, der von Oktober 1905 bis Oktober 1906 durch Ableistung der Militärpflicht unterbrochen wurde.

Am 2. Juli 1910 bestand ich die große Staatsprüfung.